

BIOÉTICA Y AUTONOMÍA A PARTIR DEL CASO PERRUCHE.
*Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal**

BIOETHICS AND AUTONOMY FROM PERRUCHE CASE
Forms of discrimination between procreation and prenatal diagnosis

MARINA LALATTA COSTERBOSA
Università degli Studi di Bologna

Fecha de recepción: 21-6-2010
Fecha de aceptación: 14-2-2011

Resumen: *Partiendo de la premisa de que el binomio discriminación-procreación no es un fenómeno nuevo, podría afirmarse que esa relación ha cobrado más fuerza en la actualidad gracias a la aplicación de nuevas técnicas biomédicas como el diagnóstico genético y prenatal. Las consecuencias de esta relación se analizan en el presente trabajo a través de un conocido caso judicial francés del año 2002: el caso Perruche. Este caso concreto pone de manifiesto cómo un error médico sobre el diagnóstico genético prenatal lleva a la vulneración de la autonomía de la madre de Nicolás Perruche, ya que dicho error le impidió ejercer su legítimo derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por motivos eugénicos. Lo que parece más complicado de sostener en términos lógicos es la posible vulneración "del derecho a no nacer" del que, supuestamente, es titular el niño nacido tras ese error médico, pues lleva a cuestionar, inevitablemente, la propia existencia e identidad de Nicolás Perruche.*

Abstract: *Starting from the premise that the binomial discrimination-procreation is not a new phenomenon, we could affirm that actually it had acquired more vigour thanks to the applications of new biomedical techniques such as genetic*

* Este trabajo tiene su origen en una investigación presentada en el marco de un seminario sobre Bioética y derechos fundamentales organizado por el profesor Dr. D. Francisco Javier Ansuátegui Roig, Director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid). Traducción de Vanesa Morente. Universidad Carlos III de Madrid.



diagnostic prenatal. The consequences of this relation are analysed, in this article, through of the famous French judicial case in 2002: the Perruche case. This case reveals how a medical mistake about the genetic prenatal diagnosis leads to violation of Nicolas Perruche's mother autonomy, as this mistake impeded to exercise her right to abort by a eugenic question. What seems to be more complicated to support in logical terms is the possible violation of "the right not to be born", whose titular is the baby that medical mistake leads to questioning the Nicolas Perruche's existence and identity.

Palabras clave: procreación, autonomía, discriminación, diagnóstico prenatal, eugenesia

Keywords: procreation, autonomy, discrimination, prenatal diagnosis, eugenics

1. INTRODUCCIÓN.

El nexo conceptual en torno al cual se desarrolla este ensayo viene dado por la tríada: procreación, autonomía y discriminación. La idea subyacente concierne al principio de autonomía y parte de la convicción de que este no puede ser compatible, de ninguna forma, con una coacción a la propia existencia sin traicionar la propia naturaleza, sin que subrepticamente sea elegida la existencia desde un principio fundamental y prioritario. Nos ocuparemos de este tema, porque el uso que se hace del principio de autonomía en el ámbito bioético frecuentemente genera superposiciones de principios, confusiones, o cuando menos tergiversaciones. Esto atestigua el uso instrumental no pocas veces necesario del principio kantiano del hombre como fin en sí mismo: la más pretenciosa y cristalina de las definiciones de la autonomía. Y es que todas las posiciones declaran compartir este principio, pero sustentando después no solo posiciones diversas, sino incluso incompatibles. Quizá, seguir reflexionando sobre el principio de autonomía puede disolver algunas confusiones en su aplicación.

Preliminarmente se puede sostener que el principio de autonomía implica la primacía del sujeto y la correspondiente tolerancia a la elección ética y valorativa. El juicio que un individuo expresa sobre la propia vida y el sentido de vivirla es –desde el principio de autonomía–, un juicio que corresponde al individuo que desarrolla dicha vida –o que se ve obligado a desarrollarla–. Desde este punto de vista, le corresponde la primacía, y esto debe poder valer para todos en un clima de tolerancia no superficial. Entre las cuestiones de ética aplicada en las que este principio es central tenemos, desde luego, la eutana-

sia, la eugenesia y la procreación vinculada al diagnóstico prenatal. Por tanto, si revisamos el debate sobre los mencionados temas se pondrá de manifiesto que presentan la misma carencia en términos de coherencia, de una estricta deducción y de rigor en el razonamiento práctico. Con esta conciencia de fondo, nos ocuparemos sólo de la procreación y en particular de algunos momentos de relevancia bioética significativos para la autonomía en la procreación. Lo haremos atendiendo a un caso judicial francés de 2002 que ha creado desconcierto no sólo en la opinión pública en Francia: el caso Perruche.

Antes de entrar en el asunto, habíamos anunciado que la tríada: procreación, autonomía y discriminación no es ciertamente nueva, aunque nosotros a continuación la veremos bajo una nueva mirada.

2. LA BIOÉTICA COMO DOMINIO DE LA ÉTICA PÚBLICA

La perspectiva en la cual nos moveremos es una perspectiva estrictamente de ética pública. Reflexionar sobre el tema de la discriminación –entendida como tratamiento desigualitario y lesivo de la paridad de los individuos en la sociedad desde el punto de vista económico, social y de las conductas de acciones subjetivas– desde una perspectiva bioética significa, ante todo, reconocer la carga discriminatoria latente en las posibilidades de acceso a prácticas médicas (diagnósticas, terapéuticas, reproductivas, etc.) y a los recursos biotecnológicos a causa de las profundas desigualdades sociales y de la inicua distribución y redistribución de los recursos económicos dentro de los Estados y entre los Estados. Desde este ángulo las reivindicaciones de equidad social se manifiestan con fuerza tanto en relación con el tema del aborto, como con el de la eutanasia, o con el de la procreación asistida. Pero también, por ejemplo, con el tema de la oportunidad de las elecciones sometidas a políticas inadecuadas de asistencia al enfermo y, la mayoría de las veces, insuficientes; por recordar sólo algunas de las cuestiones más controvertidas desde el punto de vista de las consecuencias inmediatas sobre la existencia y la felicidad de los ciudadanos. Un problema así planteado implica una cuestión de fondo dirigido no a establecer en general cuál es el juicio moral correcto respecto de éste o aquél dilema de ética aplicada, sino cuál debe de ser la norma justa relativa a ésta o aquella práctica de relevancia bioética; formulándolo en negativo, se trataría de analizar qué es lo que no puede ser considerado lícito en el ámbito público por su grado de injusticia en sentido discriminatorio.

3. MATERNIDAD Y DISCRIMINACIÓN: VIEJOS PROBLEMAS, NUEVOS CONTEXTOS

El contexto en el cual la discriminación vinculada a la procreación se manifiesta, e incluso asume nuevas formas, es el ligado, frecuentemente, a las técnicas de la fecundación médicamente asistida y al diagnóstico prenatal¹. Hay que recordar, sin embargo, que la discriminación ligada a la maternidad no es en absoluto nueva. A tal efecto, es ejemplar un importante caso alemán de finales de los cuarenta, en el cual un niño nacido con una grave enfermedad transmitida por la madre durante la gestación (que a su vez había contraído el factor patógeno a través de una transfusión de sangre infectada) invocó la responsabilidad civil de la madre por el daño sobrevenido. El proceso judicial concluyó con la resolución de la Corte federal alemana en que la se rechaza la demanda del hijo, entendiendo que no es razonable que “quien ha recibido la vida de la misma persona que le ha causado el daño (y con el mismo acto) pueda lamentar la violación del bien de la salud”². Sin embargo, este fallo había sido precedido por una sentencia de la Corte de apelación del Land alemán Schleswig en la cual, al contrario, se daba la razón al demandante con una motivación no carente de interés. En lo sustancial de la sentencia, admitiendo que “en el caso se hacen valer no los derechos del feto, sino del hijo nacido después de la acción dañosa” (y sobre esto habrá más que añadir), evidencia “que la acción dañosa y el resultado del daño no deben necesariamente coincidir desde el punto de vista temporal”, y que “la situación no es diferente a aquella que se verifica en el caso de un niño que resulta herido por el derrumbamiento de una construcción defectuosa, construcción levantada cuando el niño no había sido concebido todavía”³. Es de señalar, aunque al margen, que en el caso del edificio defectuoso hubo dolo o culpa, mientras que no puede sostenerse lo mismo en el caso de la madre. Queda un dato interesante para nosotros: el reconocimiento del daño sobrevenido con el nacimiento.

¹ Sobre este argumento específico véase O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Milano, Guiffrè, 2004; E. PICKER, *Il danno della vita*, Milano, Guiffrè, 2004; P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, Guiffrè, 2006 y M.G. BERNARDINI, “Wrongful life action: l’azione in tema di nascita indesiderata”, *Annali dell’Università di Ferrara*, Sez. V., vol. XXII, 2008, pp. 233-256, al cual reenviamos incluso para las ulteriores referencias bibliográficas. Una primera versión de esta contribución, ahora profundamente revisada e ampliada aparece en *Notizie di politeia*, núm. 96, 2009, pp. 103-112.

² P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., p. 53.

³ Ibidem.

Con los rápidos avances de la medicina, de la genética y de las biotecnologías, desde entonces no sólo han aumentado de un modo exponencial los casos de posible daño en la procreación, sino incluso su complejidad. Desde la perspectiva teórica, para reconocer y denunciar las situaciones de mayor riesgo discriminatorio en este ámbito, son particularmente significativos los estudios de las bioéticas feministas. Algunas corrientes dentro de la bioética feminista tienden a remarcar la carga opresiva y discriminatoria con respecto a las mujeres, por parte de las instituciones que se ocupan de la medicalización de la natalidad, tanto desde el punto de vista de las técnicas de fecundación, como desde el punto de vista del excesivo control de la salud de la madre, del embrión y del feto durante la gestación; medicalización que, para muchos representantes del feminismo contemporáneo, no puede no implicar una instrumentalización de la mujer, de su cuerpo y de la maternidad. Otras corrientes feministas, por el contrario, ven en la fecundación asistida y en una maternidad más informada y consciente, la posibilidad de un rescate social y de una oportunidad ulterior de libertad femenina. En suma, se trata de un terreno singularmente inestable, tanto que está alejado de un juicio unánime, e incluso de un amplio consenso sobre cuestiones concretas. El universo feminista queda de esta forma muy diversificado aunque se dirige hacia el mismo objetivo emancipatorio. Sin embargo, podemos evidenciar puntos de intersección entre las dos principales corrientes, aquella centrada en el cuidado y aquella que focaliza la atención en las dinámicas del poder⁴. En definitiva, siguen siendo interesantes muchas de las voces feministas por sus originales argumentaciones que han sostenido un punto de vista sobre la natalidad diferente del dominante. Y esto no tanto sobre el ámbito práctico⁵ como se podría pensar, sino sobre todo sobre el plano teórico, con particular referencia al concepto de autonomía. Entre las contribuciones provenientes de esta constelación

⁴ R. TONG, *Feminist Approaches to Bioethics. Theoretical Reflections and Practical Applications*, Boulder/Col.-Oxford, Westview Press, 1997, pp. 51 y ss.

⁵ Más concretamente, no obstante la escasa homogeneidad de las posiciones finales, son relevantes las contribuciones que se atienen al diagnóstico prenatal y al screening genético. Respecto a esto se subraya el riesgo de presión social que puede derivarse para las mujeres tras un *screening* genético favorecido rápidamente por la opinión pública, y que tal vez venga acompañada de un juicio negativo, al que las mujeres se verían sometidas en caso de que no hubieran optado por la interrupción voluntaria del embarazo tras un diagnóstico infausto. Entre paréntesis, parece evidente que este tipo de reflexiones, presentadas por Rosemarie Tong respecto a la sociedad americana, no sirven por ejemplo para la sociedad italiana, donde es inverosímil este riesgo, si acaso es difundido, entre otros, el perjuicio moral contrario.

de pensadoras, merece especial atención, a nuestro juicio, la cuestión de las dimensiones relacionales de la autonomía y el nuevo concepto introducido por Sarah Lucia Hoagland ya a finales de los años ochenta: *autokoonomy*.

El término deriva del compuesto “auto” más “koinonia” para indicar una idea alternativa a la de la autonomía en sentido tradicional, es decir, a la idea de que todo individuo es completamente separable del otro. El concepto de “autokoinomia” subraya cómo se nos puede representar inextricablemente en relación con otros, “en relación” por constitución. En este sentido *“since she views herself as largely the product of her relationships with other selves, the autokoonomous woman, when she choose to do something for someone else, perceives her action as self-directed as well as other-directed. In other words, the autokoonomous woman realizes that in choosing a “good” for others, she is simultaneously choosing a “good” for herself. Her actions will cause a reaction in others who, in turn, will exert their will upon her”*⁶.

Como es evidente, este tipo de aproximación vuelve a poner en discusión desde la raíz no sólo el concepto de individuo abstracto y aislado, sino también, y no de forma secundaria, la relación entre individuos; más aún, la naturaleza y la validez de algunas de las relaciones especiales, como por ejemplo la de la madre y el hijo y la de la mujer y el feto, relaciones centrales en nuestro discurso.

A continuación, intentaremos mantener como telón de fondo esta sensibilidad y el concepto que la expresa, porque permite aprehender mejor algunas de las reivindicaciones de las mujeres, pero sobre todo de las madres⁷, y puede revelar en todo su dramatismo la condición que se ha generado en países como Italia a causa de la aprobación de una norma como la Ley 40 sobre la fecundación asistida. Una ley que, a diferencia de la ley española 14/2006 de 26 de mayo complica un panorama que ya mostraba graves elementos de crítica, añadiendo al problema de la esterilidad factores de evidente discriminación. Piénsese, entrando rápidamente en el detalle de la normativa italiana, en los vínculos diagnósticos, en los límites de la aplicación de las diversas técnicas, en

⁶ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., pp. 94 y ss.

⁷ Estamos convencidos que la cuestión femenina desde el punto de vista de la opresión social que denuncia puede presentar al menos dos perfiles problemáticos no plenamente superponibles. Pensamos en particular que algunas manifestaciones de injusticia y de discriminación que sufren las mujeres no es en cuanto mujeres sino en cuanto madres. Este aspecto de la opresión femenina en nuestra sociedad aparece de forma transversal, de tal manera que va más allá del conflicto entre los sexos, enfatizando el sentido negativo de las desigualdades económicas y en general de las desigualdades materiales.

la prohibición expresa de la fecundación heteróloga, o incluso, en los últimos cinco años, en el evidente fenómeno del turismo procreativo (humillante para un país democrático, o al menos así debería ser percibido). Fenómeno que se ha incrementado fuertemente, si es que no se ha vuelto inevitable, gracias a una elección procreativa que sin la ciencia médica no puede darse y sorteados los obstáculos establecidos por la normativa. Del 2004 (año de la entrada en vigor de la ley) al 2006 los viajes de ciudadanas y ciudadanos italianos motivados por el deseo de recurrir a las técnicas de la fecundación asistida han aumentado en el 200%: 4000 parejas al año se van a países extranjeros seleccionándolos en atención a la propia capacidad económica (España⁸, Suiza y Bélgica por aquellos que pueden afrontar costes mayores, Grecia, Turquía y Europa del Este, para el resto) o se resignan a la dificultosa vía italiana habiendo sido declarado por el 53,8%, que lo han hecho por razones económicas. El porcentaje de los que han confiado en las estructuras extranjeras ha aumentado en un porcentaje todavía superior entre 2006 y 2008, tanto que otras 10.000 parejas han optado por esta solución. Ya hay una notable jurisprudencia que contesta a la constitucionalidad de la ley 40, por su vulneración del derecho a la salud a causa de las restricciones previstas para las modalidades de uso de los procedimientos de diagnóstico y de implantación. Recordemos, al menos, los dos autos del Tribunal civil de Florencia (2007 y 2008) y la sentencia del Tribunal de Cagliari (2007), hasta la más reciente sentencia de 29 de junio de 2009 del Tribunal de Bolonia con las cuales –en la línea del precedente de la sentencia del Tribunal del Lazio de 2006– se autoriza el diagnóstico genético preimplantatorio si existe riesgo real de contraer una grave enfermedad genética, diagnóstico prohibido en cambio por la norma. Y sobre todo señalamos la sentencia n. 151 del 1 de abril de 2009 en la que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esta ley, en particular, del artículo 14, puntos 2 y 3, reconociendo ilegítimo el límite de tres embriones para implantar (vs. Punto 3). En el mes de octubre de 2010 se han elevado dos nuevas cuestiones de constitucionalidad relativas al artículo de la ley en el que se prohíbe la fecundación heteróloga con ovodonación como un remedio a situaciones de infertilidad no biológica.

Pero esto es sólo un ejemplo, lejos de la realidad española, un ejemplo europeo, no obstante, que muestra la fragilidad del reconocimiento de derechos, cuando las interpretaciones de los principios garantizados por las

⁸ El Ordenamiento jurídico español que, ya a finales de los años ochenta contaba con una ley nada conservadora en la materia, ha hecho aún más garantista y avanzada la realidad española con la ley de 2006.

constituciones democráticas pueden conducir a alteraciones profundas de la *ratio iuris* y de los valores inspiradores de las Cartas, expresión del Estado de Derecho, sobre todo del principio de autodeterminación (artículo 13 de la Constitución italiana) y la prohibición de la discriminación.

Volvamos a nuestro problema: el nexo entre la discriminación, procreación y autonomía. En última instancia, ¿qué se debe entender cuando se habla de autonomía? ¿Cuáles pueden ser sus violaciones con significado bioético? ¿Cómo se puede reducir la complejidad moral de los dilemas implicados en las prácticas diagnósticas prenatales?

Entre los casos paradigmáticos de posibles discriminaciones ligadas a la procreación, querríamos detenernos en aquella particular forma de discriminación que se produciría en menoscabo de un individuo nacido con características que hacen decisivo el diagnóstico prenatal. La pregunta se centra sobre el neonato y la posibilidad de encontrar error y discriminación (ex post o “diacrónica”) en su daño.

Para evitar malentendidos que desviarían el discurso relegándolo a un plano impropio, en particular de un presunto derecho a la vida del nasciturus, o bien de un embrión o de un feto, es necesario partir de los requisitos previstos por la atribución de la capacidad jurídica en el nacimiento, como establece el Código Civil español en el artículo 29: “El nacimiento determina la personalidad”, integrado en el artículo 30 “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”⁹.

⁹ Por lo que atañe a Italia veamos el primer artículo del Código Civil. Citamos del texto que Pietro Rescigno ha dedicado al tema del daño procreativo: “El nacimiento es contemplado en el inciso 1 del art. 1 del C.C., como el momento de adquisición de la capacidad jurídica de la persona física. El art. 1 declara “subordinados al acontecimiento del nacimiento” los derechos reconocidos por la ley a favor del concebido. La genérica mención de “derechos que la ley reconoce a favor del concebido” no tiene que entenderse en el sentido que la ley permite, incluso en casos excepcionales, como una anticipación de la capacidad jurídica, y por lo tanto de la subjetividad, con respecto del hecho natural del nacimiento” (P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., p. 83). “La norma se dirige hacia la apertura del código –comenta siempre Rescigno– con un sentido simple y limitado: cada individuo que nace, y por el solo hecho del nacimiento, es un sujeto de derecho. No se puede, sobre la base de aquella norma, construir una trama de relaciones prenatales. [En particular] el término “subordinado” no debe hacer caer en el engaño al intérprete (...). El nacimiento de la persona física (...) representa en efecto la fuente de calificación subjetiva (...). La titularidad potencial de derechos del no nacido no puede convertirse en una expectativa de tutela de derechos. La vinculación del derecho al sujeto (...) se realiza en el caso del nacimiento de un niño vivo, si esta eventualidad no se verifica, está fuera de lugar hablar de derechos y de acciones”, Idem, p. 72, y también pp. 73 ss.).

Despejado así el campo de toda ambigüedad sobre este punto, hablaremos de discriminación procreativa con referencia a la condición del neonato, presupuesto ya declarado en las sentencias alemanas de los años cuarenta antes citadas.

4. DISCRIMINACIÓN EN LA PROCREACIÓN Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA: CON HABERMAS Y CONTRA HABERMAS.

Hablar de este tema evoca inmediatamente la importante contribución que Jünger Habermas dio en el 2002 con el título de “El futuro de la naturaleza humana”. No es este el sitio para extenderse sobre el contenido de la obra porque nuestro propósito es sólo plantear, sin agotar todos los aspectos, algunas cuestiones específicas directamente conectadas con el tema de la discriminación y de la bioética de la natalidad. Sin embargo, queremos asumir como paradigma la posición de Habermas para indicar una de las contribuciones antidiscriminatorias más destacadas en la materia (en este caso específico la discriminación en la procreación y la discriminación genética se entrelazan).

Las tesis habermasiana conciernen a las intervenciones genéticas, consumadas incluso con fines terapéuticos (excepción hecha para los casos más graves) como consecuencia de un diagnóstico genético preimplantatorio. Tanto la selección de los embriones con fines de implantación, como cualesquiera modificación genética instituyen una forma de discriminación contra el individuo que al menos en parte se verá genéticamente determinado por semejante intervención. En la base de la argumentación de Habermas se encuentra el principio de autonomía, desde el cual tales prácticas podrían considerarse moralmente ilegítimas, porque el neonato sería hecho dependiente de modo irreparable de sus progenitores y más en general de las instituciones sanitarias porque representaría el fruto de su decisión consciente. El enfoque crítico de Habermas parte de la consciencia de que el problema teórico de fondo está en la latente conflictividad entre la indisponibilidad de la vida humana y la libertad individual respecto a la elección del propio proyecto de vida. A esta polaridad de los principios Dworkin había dado una respuesta conciliadora definiendo la vida en su valor intrínseco, como proyecto de vida y, por lo tanto, fagocitando en su mismo concepto el principio de autonomía¹⁰. El

¹⁰ Es esta la tesis sostenida desde 1993 ya recordada en *Life's Dominion*.

camino recorrido por Habermas es más tortuoso y se dirige a reencontrar la posibilidad de una convergencia entre cuatro argumentos, todos ellos imprescindibles para él, de tal modo que justifiquen su ponderación. El primero se basa en el principio kantiano del hombre como fin en sí mismo; el segundo sobre el concepto de la identidad personal; el tercero sobre el principio de la dignidad de la vida humana, distinto del principio de la dignidad humana; el cuarto relativo al carácter de la indisponibilidad de la vida humana¹¹. Habermas eleva a criterio de juicio la combinación de estos cuatro argumentos para tratar, desde un punto de vista moral, el problema del diagnóstico preimplantatorio, de la investigación con embriones y de la clonación humana.

Con referencia, en particular, al problema del diagnóstico preimplantatorio –lo que nos interesa afrontar en esta ocasión–, el argumento de la autonomía se discute en relación con la manipulación o control genético del embrión. No es posible en efecto excluir que “el conocimiento de una programación eugenésica del propio patrimonio hereditario reduce los espacios creativos de la autonomía individual y compromete las relaciones, idealmente simétricas, entre personas libres e iguales”¹². Problemático es para Habermas la relación entre el caso y la deliberación por cuanto atañe al genoma humano. Aquí toma distancia por ejemplo de las tesis dworkinianas, deteniendo retóricamente el juicio sobre una cuestión decisiva: “¿la autotransformación genética de la especie (es) un medio para acrecentar la autonomía individual, o por el contrario este camino llevará a replantear la autocomprensión normativa de personas que desarrollan su vida teniéndose mutuo e igual respeto?”¹³ Por más de una razón: porque ser autónomo quiere decir estar en relación, porque ser autónomo quiere decir ser reconocido como tal por la sociedad, la dignidad humana no deriva de la posesión

¹¹ Es manifiesto que, aunque de forma auxiliar y un tanto retórica, Habermas hace referencia al argumento de la pendiente resbaladiza, con la idea de que nos puede servir para estar en guardia ante posibles consecuencias indeseables, aunque no puede tener la fuerza propia del argumento moral (J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2002, pp. 16-45; véase también la entrevista a Habermas de E. Pedemonte en *L'espresso* del 19 de septiembre de 2002). E incluso parece tratar de evitar una referencia al argumento naturalista, atribuyendo valores morales a la espontaneidad y a la naturalidad de la reproducción en contra de su artificialidad.

¹² J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, cit., pp. 44-45.

¹³ Idem, pp. 54-55.

de una característica o de otra, como tener el pelo rubio o los ojos azules. Ello apela al carácter de inviolabilidad que solo un reconocimiento interpersonal e igual puede atribuir. Es decir, el individuo es para Habermas inmediatamente individuo en sociedad.

No es necesario definir una modalidad de screening genético prenatal y preimplantacional, y eventualmente de la eugenesia, que no sea autoritario, que no choque con la libertad de los concebidos y que no sea expresión de un modelo centralizado (de Estado) de vida buena. Entonces, el objetivo teórico pasa a ser la justificación no de una eugenesia permisiva (o liberal) pero tampoco de lo opuesto, es decir, de una eugenesia autoritaria. Cada intervención en esta perspectiva está condenada, si bien haya que adoptar cautelas en el caso de intervenciones negativas, dirigidas a impedir ésta o aquélla patología genética. La cuestión es delicada y sus límites no están definidos. Se pregunta en efecto Habermas si la intervención misma no entra “quizá en colisión con la autopercepción del interesado”¹⁴. El problema moral de fondo es que “al transformarse en expectativas dentro de la historia-de-vida del interesado, estas intenciones de los progenitores se presentan como un elemento normal constitutivo de la interacción, y sin embargo no se someten a lo prerequisites de reciprocidad de la acción comunicativa”¹⁵. En definitiva, para él, no nos sustraemos del ámbito del mero arbitrio (y por lo tanto de una potencial actitud autoritaria) si no nos ponemos, al ponderar los intereses en juego, en la perspectiva de la persona implicada. Es este el sentido del imperativo kantiano. “El Si de “fin en sí” que se debe siempre respetar en el otro se expresa sobre todo en la posibilidad de ser considerado el autor de una conducta de vida orientada por pretensiones propias [...]”. En Kant, ya la “fórmula del fin” del imperativo categórico contiene en sí el paso a su “fórmula de ley”. En efecto (...) en cada persona tratada como fin-en-sí debemos respetar la *humanidad*”. Es éste el paso decisivo de la interpretación habermasiana del principio de Kant: es el paso a la dimensión pública, comunicativa, a la comunidad moral. Aquí “la idea de humanidad nos obliga a asumir la perspectiva-del-nosotros, en base a la cual nos consideramos recíprocamente miembros de una comunidad incluyente que no deja fuera a ninguna persona”¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 89.

¹⁵ J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, cit., p. 90.

¹⁶ Idem, pp. 96 y ss.

En síntesis, hay –y esto concierne expresamente a nuestro problema– sobre todo una desigualdad que bajo la perspectiva de la autonomía, es decir, de quien es autónomo, y de quien ha perdido para siempre esta posibilidad, refleja en la sociedad. Una sociedad en la que los ciudadanos ya no serían todos iguales: algunos ciudadanos serían diferentes por su pérdida de autonomía, discriminados por esa elección de procreación controlada y heterodirigida.

Se debe ampliar –si se sigue esta línea reflexiva– el espectro de posibles atribuciones del significado de la dignidad, justificando la superación parcial de la noción de “dignidad humana”, demasiado restrictiva e incapaz de dar cuenta de la complejidad de los problemas. Y, bien mirado, no es esta una cuestión reciente. Al releer bajo esta luz algunos pasajes de la *Metafísica de las Costumbres*¹⁷, ya Kant había recogido la dimensión intersubjetiva de la dignidad del hombre, porque “como el hombre no puede venderse a ningún precio (...) en consecuencia no puede actuar contrariamente al respeto que los otros se deben necesariamente como hombres, es decir ellos están obligados a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en cada hombre; en consecuencia, recae sobre él un deber, el cual consiste en un respeto que debe demostrarles necesariamente los otros”¹⁸.

También, por ejemplo, en la literatura dedicada a ese momento de nuestra historia que más ha comprendido el reconocimiento de la dignidad humana, la literatura sobre Shoah, esto ya emergía con fuerza. Releemos también algunas líneas en el tratado de Jean Améry *Jenseits von Schuld und Sühne*: “¿Qué cosa es en última instancia la dignidad? (...) la dignidad, ya se trate de la dignidad de un cargo público, o de la dignidad profesional, o más genéricamente de la dignidad del ciudadano, puede ser concedida por la sociedad pero su reivindicación se desarrolla exclusivamente en el interior del individuo (“¡yo soy un ser humano y en cuanto tal tengo mi dignidad, por cuanto podáis decir o hacer!”); es puro juego intelectual o ilusión. Incluso, asumiendo su propio destino y al mismo tiempo revelándose a él, el ser humano privado de su dignidad, amenazado de muerte puede –y en este punto quebramos la lógica de la condena definitiva– convencer a la sociedad de su dignidad”¹⁹.

¹⁷ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, A.K.A., Bd. II, Berlin, 1907, cap. II, §11.

¹⁸ I. KANT, *Idem*, II, cap. I., sec. II, §38.

¹⁹ J. AMÉRY, *Jenseits Von Schuld Und Sühne. Bewältigungsversuche eines Überwältigten*, en *Id., Werke*, Bd.II, Stuttgart, Klett-Colta, 2002.

Es en este sentido ejemplar el valor moral que tiene la comunicación espontánea entre la madre y el feto, como ya ha documentado abundantemente la literatura feminista. “También en sus formas más anónimas, la vida del hombre goza de “dignidad” e impone “respeto” y el espectro semántico de la noción de dignidad es más amplio de lo que aparentemente parece, si hace permanecer “solo un eco marginal del concepto más específico de “dignidad humana”²⁰.

Ahora, probemos a analizar la argumentación habermasiana²¹, extrayendo de ella la conclusión contraria.

Desde la perspectiva de Habermas, el principio de autonomía es neutral con respecto de vivir o no vivir, a vivir de un modo u otro. La vida es un bien, pero no incrementable ni instrumental. Si es así, dar prioridad a la autonomía –como sugiere Habermas– lleva a condenar la reducción de independencia sea en un sentido o en otro. Afirmar el principio de autonomía significa defender la elección en sí, no esta o aquella elección por su contenido.

El mismo argumento vale para la aplicación del principio de autonomía en los casos de relevancia eutanásica. Se trata de una idea de autonomía que no se refiere al mayor interés, sino a la integridad de la persona. Es el concepto de autonomía como integridad. La autonomía y su respeto permiten realizar y tutelar la integridad de la persona, la autocreación de un proyecto de vida. La capacidad de coherencia y la responsabilidad respecto de tal plan de vida están indisolublemente conectadas a la autonomía en esta segunda acepción, que observa la vida del sujeto en su unidad, y no su mera condición presente. El argumento de la autonomía se distingue por su formalidad y se vale de esta característica para justificar la propia pretensión de universalidad y para mostrar un profundo respeto a las muchas autorrepresentaciones de la existencia y de la felicidad de los pacientes implicados directamente en el dilema eutanásico. Para no traicionar esta particularidad hace falta entonces que en su empleo no sean introducidos colateralmente elementos sustanciales, o mejor, que su eventual inserción sea problemática y con ello se disipe la posible incongruencia. Es por ello que la argumenta-

²⁰ J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen, natur*, cit., p. 68.

²¹ Para un estudio más detallado véase M. LALATTA, “Clonazione umana”, en M. LA TORRE, M. LALATTA y A. SCERBO, (Coords.), *Questioni di vita o di morte*, Giappichelli, Turín, 2007, cap. V.

ción de Habermas no funciona cuando trata de la eugenesia y de la clonación humana reproductiva.

Nos preguntamos, pues, si no fuera quizás sostenible, por las mismas razones ligadas al principio de la autonomía, que también la falta –inestablemente motivadas– de una intervención o de una decisión derivada de la información obtenida con el diagnóstico prenatal, sobre todo en el caso en que se evidencien graves patologías, ¿podría resultar un daño sobrevenido al individuo una vez nacido y desembocar por lo tanto en una discriminación?

La posición de Habermas parece que opta, sin explicitarlo y sin justificarlo argumentativamente, por un punto de vista que privilegia la matriz naturalista. Como si la no acción, y por lo tanto la vía libre para la naturaleza, necesariamente fuera mejor que la intervención humana. ¿Estamos seguros que esto sea de veras así? ¿Estamos seguros que éste sea el único resultado práctico posible de su tesis?

Si se reconoce en primera instancia el principio de autonomía, ¿no se produce necesariamente una contradicción de principios? ¿No es posible sostener que desde estas premisas atribuibles al principio de autonomía, un juicio que diga qué es mejor y qué peor, qué es preferible y qué no es preferible, debe ser reconducido, en última instancia, al juicio incuestionable del sujeto implicado en primera persona, en nuestro caso el neonato?

5. ¿EL DEBER DE LA VIDA? PARTIENDO DEL CASO PERRUCHE. CRÍTICA

Enmarcado el problema en estos términos, recordemos el caso judicial que ha representado una útil profundización en sede judicial, legislativa y también teórica, en relación con la discriminación procreativa, o bien del considerado daño producido por la propia procreación.

Nos referimos al caso de Nicolás Perruche enjuiciado ante la Corte Civil de Casación francesa y resuelto en una primera sentencia del 17 de noviembre de 2000 y una última de 24 de enero de 2006, además de las primeras medidas legislativas adoptadas tras la primera sentencia, en particular la ley Kouchner, también conocida como la ley antiperruche.

La materia objeto del caso, concierne al reconocimiento del derecho de una persona enferma o con una grave discapacidad a recibir indemnización por un errático diagnóstico prenatal, lo que impidió a la madre ejercer el de-



recho previsto por la Constitución a la autodeterminación, y eventualmente, dentro de los límites de la ley, recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, la indemnización no se entiende como resarcimiento a los progenitores, lo cual se encuentra fuera de discusión, sino como reparación al nacido, en cuanto el mismo hecho de nacer supone para él un daño sobrevenido, causado por un error médico. La primera sentencia reconoció su derecho al demandante. Sin embargo, el legislador francés procedió rápidamente a anular los efectos de la sentencia a través de la aprobación de la ley Kouchner el 4 de marzo de 2002, en la que se establece que el nacimiento no puede en ningún caso ser invocado como fuente de perjuicios; el caso no puede suponer más que un reconocimiento de los daños morales causados a los progenitores (tanto más que esta ley fue aprobada con efectos retroactivos para todos los casos que habían sido conocidos por los tribunales). Impugnada la legalidad de esta disposición normativa, fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Dicho Tribunal emite sentencia en 2005 dando de nuevo la razón a los recurrentes. Con la ulterior sentencia de la Corte Civil de casación del 24 de enero de 2006 fue confirmada la línea argumental del TEDH, reconociendo también al nacido con discapacidad el derecho a ser indemnizado.

Omitimos los detalles del hecho y su epílogo, y nos concentramos en el texto de la sentencia. La motivación que la Corte creyó dirimente fue la siguiente: “considerado que (...) en el momento en que es cometido el error por parte del médico o del laboratorio, en ejecución del contrato firmado con Mme P... se ha impedido a ésta última ejercer libremente su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo para evitar el nacimiento de un niño discapacitado, pudiendo éste último exigir la reparación económica del perjuicio derivado de la discapacidad causada por el error reconocido”²².

Además de la acción del *wrongful birth* respecto a los padres, a los que es debida una indemnización, se ejerce la acción de *wrongful life*, expresión que, de por sí, nos deja perplejos y que por su ambigüedad se presta a las críticas que trataremos en breve –con respecto del hijo obligado a vivir una vida no deseada ni por él ni por sus padres²³. Efectivamente, la expresión sugiere un juicio sobre la calidad de la vida en juego que parece ambicionar la generalización, es decir la objetividad. Si así fuese, con respecto de la sentencia que

²² O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, cit., p. 156.

²³ E. PICKER, *Il danno della vita*, cit., pp. 10-12.

estamos considerando, tendrían razón sus detractores y los que sustentan posiciones contrarias. Se comprenderían pues observaciones como la siguiente: “*Le terme de wrongful life m’avait surpris et choqué quand je l’avais découvert dans la littérature bioéthique américaine, il y a au moins une quinzaine d’années*” porque ella viene a significar “vie illégitime”, “vie incorrecte”²⁴. La cuestión no está clara en este preciso momento. Pero ¿estamos seguros que aquella fue la argumentación que sostuvo la Corte?

Para los autores contrarios a la sentencia son diferentes las razones de su inaceptabilidad. Sinteticémosla en seis puntos.

Primero. El reconocimiento del daño padecido por Nicolás por el hecho mismo de haber nacido es una ofensa a la dignidad humana, sería como afirmar que hay vidas dignas de ser vividas y vidas que no son dignas de ser vividas. (Triste evocación de la lógica eugenésica y eutanásica del Régimen totalitario nacionalsocialista, que da que pensar; aunque –como hemos señalado arriba– la expresión *wrongful life* es usada en los Estados Unidos ya desde comienzos de los años ochenta para expresar, no sin imprecisiones y ambigüedades, el error reivindicado por Nicolás Perruche. “El nacimiento –opinan estos autores–, es decir la *vida*, no podría ser nunca válidamente entendida como un perjuicio, en virtud del principio de la dignidad de la persona humana”²⁵.

Segundo. Si se acepta esta instancia, se crea un precedente judicial capaz de generar una pendiente resbaladiza que conduce al horrible resultado de la eugenesia de mejora o selectiva.

Tercero. Se legitima un principio que discrimina con base en la ausencia de enfermedad y que elimina la oportunidad de vida a quien se aleja de este modelo de normalidad.

Cuarto. Bien mirado, se trata de una sentencia política, dirigida a exigir justicia social por la vía judicial en lugar de por la legislativa. La cuestión de fondo, pero en realidad la cuestión importante, es aquélla que denuncia el abandono de los ciudadanos a su suerte, a su autosuficiencia, por parte de las instituciones públicas, relegando en las familias y en cada uno de los implicados el juicio sobre la calidad de su propia vida.

²⁴ P. P. VERSPIEREN, “Une éthique sans principes”, en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3, p. 26.

²⁵ O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, cit., p. 33.



Quinto. La sentencia presupone la posibilidad de restablecer la discusión sobre la representación que el género humano tiene de sí mismo. "*C'est un débat sur nous-même. C'est un débat sur notre nature*"²⁶.

Sexto. En la base de la sentencia hay un sinsentido jurídico, porque es absurda la idea de "un derecho de nacer o de "no nacer": se trataría de un derecho reconocido a quien no ha nacido todavía.

6. CONTRAARGUMENTOS

Sobre la última objeción ya hemos dicho alguna cosa al presuponer que la cuestión Perruche, y más en general aquella relacionada con la discriminación procreativa, concierne al nuevo individuo una vez nacido y el presunto daño debería ser esgrimido por su cuenta, no antes y no prescindiendo de su propio nacimiento. En otras palabras, la cuestión surge justo frente al "niño una vez nacido"²⁷: Nicolás no es el concebido, pero sí el individuo nacido por aquel embarazo en el que el diagnóstico prenatal habría tenido que evidenciar daños graves causados por la rubéola contraída por la madre durante el embarazo. En juego está el "derecho subjetivo de no nacer" para Nicolás y no para el feto; no está en juego el derecho del feto a ser abortado. Y pensamos que es difícil sostener razonablemente que el error del médico no haya tenido consecuencias para Nicolás, por mucho que después él intente juzgar su propia existencia o por mucho que los progenitores quieran juzgarla (dada la imposibilidad de Nicolás, por su condición, de elaborar un juicio racional). Algo ha ocurrido como consecuencia de aquel error, y le ha ocurrido no sólo a la madre, sino también a Nicolás directamente. Quizás aquí más que en otros casos el esfuerzo de identificación sugerido por Adam Smith en su Teoría de los sentimientos morales puede ayudar a no finiquitar el problema de modo apresurado y acrítico, reconduciéndolo a la "falsa cuestión del derecho a no nacer"²⁸. "Muy sencillamente, sin presuponer un derecho a no nacer, o a ser eliminado con el aborto, la Corte le ha reconocido al niño una vez nacido el derecho a actuar en juicio, no por su nacimiento, sino por el estado de enfermedad en el que ha nacido. El razonamiento distingue

²⁶ H. LECLERC, "Interrogations autor de l'arrêt Perruche", en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3, 2002, p. 26.

²⁷ O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, cit., p. 10.

²⁸ Idem, p. 88.

entre la enfermedad aparecida con la vida y la vida como tal, valiéndose de las ficciones que permiten analizar la enfermedad en dos planos distintos el de los efectos de la causa natural y aquellos derivados de la culpa civil”²⁹. “Sin otras motivaciones ajenas al niño, de las que de alguna manera prescindimos, movidos únicamente por la compasión y por la responsabilidad se nos presenta, sin embargo, el problema de si la intolerabilidad de tal existencia –también podríamos decir de un *wrongful life*, de una existencia considerada así por los progenitores– prohíbe la reivindicación de su conservación”³⁰.

Y con esto pasamos ya a los otros cinco puntos antiperruche:

Excluyamos a priori el segundo, aquel relativo al riesgo de la pendiente resbaladiza, porque no parece a nuestro juicio justificado el nexo de causalidad y de necesidad en el que se basa, así como la presunta certeza de aquel resultado horrible y retóricamente temido, a la luz del contexto social y político actual. Además de esta cautela preventiva respecto a unas simplificaciones tan parciales, debe evidenciarse el escaso impacto de un argumento aparentemente eficaz y comúnmente empleado, como es el argumento de la denominada pendiente resbaladiza o *slippery slope*. Con esto no queremos afirmar que el argumento de la pendiente resbaladiza representa necesariamente una falacia; acojamos la tesis de Douglas Walton según la cual se trata de un argumento anulable por naturaleza, porque es provisional, procede por tentativas, se basa en presunciones, y se encuentra ligado al contexto³¹; su empleo no puede más que implicar una adecuada contextualización y la consciencia de sus múltiples declinaciones.

Sobre este tema es muy valioso el análisis de Bernard Williams al preguntarse *Which Slopes are Slippery?* Williams, para dar una respuesta, distingue dos posibles tipos (no necesariamente alternativos más bien generalmente coexistentes) de argumentos de la pendiente resbaladiza. El primero lo define como *horrible result*. A este tipo corresponde quizá la interpretación que más comúnmente se ha dado a este argumento. Desde este punto de vista, el argumento sugiere que es inaceptable todo cuanto se obtiene al final de la pendiente; por ejemplo, si se permite la experimentación sobre las células de un óvulo fecundado, rápidamente se llegará a permitir también so-

²⁹ O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, cit., p. 94.

³⁰ E. PICKER, *Il danno della vita*, cit., p.155.

³¹ D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 15 y 28.

bre embriones desarrollados. El segundo tipo de argumento del *slippery slope*, definido por Williams como *arbitrary result*, rechaza que se trate de un plano inclinado; es decir, se utiliza para deslegitimar la propia inferencia sugerida por el argumento, ya que contiene un paso arbitrario³².

Para Williams, el argumento del *slippery slope* es un argumento consecuencialista y empíricamente funcional para la aprobación de políticas conservadoras³³. Queda sin embargo un caso que debe ser tomado en serio, cuando se conecta a la defensa de los derechos: si se permite X, se violan los derechos de Y. Es una perspectiva consecuencialista que acoge el principio de la libertad individual y los derechos subjetivos con ella relacionados, una perspectiva quizás forzosamente o generosamente reconducida por Williams a la metáfora de la pendiente resbaladiza. En efecto, después es él mismo quien observa que el argumento del *slippery slope* no es aquí dirimente, es decir, que en definitiva no sirve para juzgar ilegítima la conducta de la acción inicial³⁴.

Así empleado, tal argumento puede ser útil para la identificación de los límites dentro de los cuales esa actuación puede (moralmente) diluirse; o más aún, siguiendo a Williams, dicha acción puede resultar comprensible cuando ya se ha verificado el efecto temido y sea probable su materialización en el actual contexto social (*social fact*). El mismo carácter intrínsecamente contingente también es evidenciado por David Lamb que lo resume así: “*the slope argument judges the action not in terms of its logically possible consequences, but in terms of “plausible probabilities” in the “context of a social climate”*”³⁵.

Aún más analítico fue el estudio de Walton en *Slippery Slope Arguments*, donde propone una útil tipología de las diferentes manifestaciones del argumento de la pendiente resbaladiza. Tenemos aquí cuatro tipos de argumento de la pendiente resbaladiza. El primero entiende la pendiente resbaladiza

³² B. WILLIAMS, *Which Slopes Are Slippery?*, en Id., *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, 1982-1993, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 222

³³ Idem, pp. 213-223: 218.

³⁴ Idem, p. 220. Sobre este tema véase W. VAN DER BURG, “The Slippery Slope Argument”, en *Ethics*, vol. CII, 1991, pp. 42-65; G. DEN HARTOG, “The Slippery Slope Argument”, en H. KUHSE y P. SINGER (Coords.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 2001, pp. 280-292; E. LECALDANO, “L’argomento del “pendio scivoloso” e l’insegnamento della bioetica”, en *Bioetica*, núm. 2, 2000, pp. 295-303.

³⁵ D. LAMB, *Down the Slippery Slope*, Croom Helm, London, 1988, p. 53.

como *precedente*, como cadena que de eslabón en eslabón conduce al resultado no deseable³⁶. El segundo evidencia la *causalidad* de la degeneración temida; metafóricamente es el efecto dominó, un efecto sobre todo empírico que procede por *modus ponens*³⁷. El tercer tipo es aquel que hace referencia a la vaguedad y arbitrariedad de los términos implicados, en el sentido de que no está claro el paso del concepto empleado en un ámbito negativo a un ámbito no negativo, o de una zona indiferente a una zona sensible (por ejemplo cuando el sufrimiento físico infligido a un hombre pasa a ser tortura, o cuando algo se vuelve “demasiado”, “excesivo”, “inaceptable”, mientras que hasta cierto grado era entendida “normalmente negativa”)³⁸. El cuarto deriva de una conjunción de los primeros tres y encaja en aquella versión que Williams definió como “resultado horrible”. A menudo esta última versión es utilizada en el ámbito bioético³⁹.

Partiendo de esta *distinción* y con la prudencia que invitamos a tener, podemos decir que el empleo del argumento de la pendiente resbaladiza en el caso Perruche supone la convergencia de los tres primeros argumentos definidos por Walton, es decir, sería una “full versión” que, siendo contextualizada, puede asumir perfiles asimilables a los propios de una falacia.

Un ejemplo de la “full versión” aparece en el empleo que se hace de parte de los que, revelando implícitamente una escasa consideración de las normas jurídicas, de su función limitadora de las conductas activas y su interacción con la esfera de la moral y la política, condenan el diagnóstico prenatal, porque podría, en un recorrido degenerativo *inevitable*, conducir a una selección de los nacimientos por fútiles razones estéticas o todavía peor para promover una *policy* de selección. Para hacer el discurso más concreto, reflejamos por un momento la técnica de la ecografía prenatal, la cual ha aportado a Europa una mayor y mejor tutela de la salud del feto y de la mujer, antes y durante el parto; pero en Estados no democráticos en los que no está reconocida la inviolabilidad de los derechos individuales, su uso lleva, en cambio, no raramente a una (ilegal) selección de los nacimientos a través de la práctica de abortos clandestinos de embriones o fetos femeninos. Como es evidente, el diagnóstico ecográfico no comporta el inevitable “resbalón” dramático

³⁶ D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, cit., pp. 115 y ss.

³⁷ Idem, pp. 67 y ss.

³⁸ D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, cit., p. 37 y ss. Sobre este tema véase también M. SCRIVEN, *Reasoning*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1976, pp. 119-121.

³⁹ D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, cit., pp. 160 y ss.

que se comprueba en el ejemplo de la República Popular China, por lo que, ciertamente, los sucesos ocurridos en China no constituyen un buen argumento para hacer ilícitas las ecografías practicadas durante el embarazo, para exponer a madres e hijos a graves riesgos para su propia vida y su propia salud⁴⁰.

Los diferentes posibilidades de empleo del instrumento ecográfico utilizadas en el diagnóstico prenatal son a este propósito un ejemplo de la relevancia de las circunstancias sociales y políticas señaladas por Williams. A nuestro juicio, en este caso estamos en presencia de un empleo sofístico del argumento de la pendiente resbaladiza, que se convierte en falaz y que sobre todo tiene el grave defecto de bloquear la discusión, inhibir el diálogo y pronunciar de modo impróvido *the last word* (por evocar la feliz expresión elegida por Thomas Nagel para rechazar el relativismo radical) “*A fallacy, in this sense, – escribe Walton – is a serious abuse of a technique of argumentation, an underlying systematic flaw or sophistical tactic that is not only tricky and slippery, but serious it throws a discussion badly off its proper course*”⁴¹.

E incluso, nos parece débil el uso que en el caso Perruche lleva a evocar el fantasma de la eugenesia, de un lado, y de la discriminación, del otro. La cadena de precedentes nos parece una previsión carente de fundamentos reales, la causalidad laxa y la vaguedad, mientras que la apertura al juicio negativo discriminatorio de la vida de Nicolás, nos evoca algo distinto de la vaguedad, algo atribuible a la legítima apertura a la autodeterminación individual.

Al cuarto punto antiperruche se le aplica implícitamente un argumento que en aquel mismo año –como hemos visto someramente– Habermas había introducido en el debate bioético. Habermas insiste en la relevancia moral y en la necesaria problemática del cambio de la “autocomprensión del género” que la elaboración y la difusión de las nuevas biotecnologías, de las nuevas posibilidades del diagnóstico prenatal y de los nuevos conocimientos en el ámbito biológico y genético puede comportar. El temor es que se acoja por fin una comprensión del ser humano cosificado y mercantilizado, comprensión plenamente integrada en el sistema de la lógica competitiva y del libre mercado, y que inevitablemente va a incidir en la consideración que el hom-

⁴⁰ Sobre este tema véase L. BATTAGLIA, “La voce femminile in bioetica. Pensiero della differenza ed etica della cura”, en S. RODOTÁ (Coord.) *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 251-276.

⁴¹ D. WALTON, *Slippery Slope Argument*, cit., pp. 235.

bre tiene sobre sí mismo. Sin embargo para Habermas es susceptible de condena también desde el plano moral.

El argumento de la autocomprensión ética del género humano, así definido, no parece que se encuentre implicado en el caso Perruche. Ningún juicio sobre la naturaleza humana, tampoco parece que pueda emerger implícitamente, a menos que, de nuevo, no se interprete el texto de la sentencia como volver a promover un parecer sobre el valor de la vida de Nicolás sino mas bien –como nosotros creemos– a reconocer el valor de la soberanía de Nicolás con respecto del valor de su existencia.

De rechazar también es la quinta objeción, según la cual hay un mensaje político en la base de la sentencia de la Corte francesa. Laurent Aynes sustenta esta posición, ya que cree que en lugar de indagar si se puede establecer cierta relación de causalidad entre el error del médico y la condición de Nicolás Perruche, parece que la sentencia haya querido denunciar un *“lacune grave du système social de traitement de ce malheur”*⁴². Básicamente habría una intención de *“provoquer un réaction du législateur”*. Esto no es aceptable. *“C’est un élément du débat important, cet aspect politique des choses n’est pas à négliger, mais je ne crois pas qu’on puisse rendre nosotro genre de décision uniquement à des fins de provocation du législateur”*⁴³. A nuestro juicio, la sentencia contiene un mensaje político, pero sostenido sobre una base jurídica. Que la sociedad sea suficientemente solidaria para lograr proteger y ayudar a Nicolás no cambia nada en términos del daño causado. Eventualmente sería un argumento para la madre: para no abortar incluso pudiendo elegir en tal sentido. La cuestión de la responsabilidad civil es independiente de esta circunstancia social y sostenible desde una visión del derecho y la moral y de su conexión basada en el principio de autonomía.

Pasamos a la primera objeción antiperruche que consideraremos junto a la tercera (son aquellas concernientes, respectivamente, al valor de la dignidad humana y a la posible discriminación padecida por Nicolás, o bien el juicio negativo expresado respecto a la condición existencial del niño, indebidamente generalizado). Detengámonos sobre estas dos objeciones, porque son las que más directamente conciernen al tema de la discriminación y en particular a la implicación del principio de autonomía. En el primer punto

⁴² L. AYNES, “Malheur et préjudice”, en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3, 2002, p. 6.

⁴³ Ibidem.



tenemos la ocultación del prejuicio naturalista; en el segundo se oculta un prejuicio basado en la perspectiva de los valores.

Si autonomía significa suspensión del juicio ajeno y predominio del propio, de la autopercepción del sujeto implicado y de la valoración de si desde la perspectiva de sus propios valores e ideales de la vida buena, en el caso en cuestión lo que está en juego es la autonomía de la madre de Nicolás y del mismo Nicolás, más que el valor intrínseco de la vida humana, más allá de cualquier posible *distinción*. Aquí el valor de la vida no parece en discusión, no está disponible como valor y en todo caso es atribuible al sujeto de cualquier posible vida humana.

La cuestión central ha parecido en cambio a unos ser “el question del valeur à attribuer à un enfant” contra la penetrante y dominante “idéologie scientiste”. Este argumento va junto a aquel eugenésico. Se cree sin embargo que detrás de la sentencia Perruche hay una idea de perfección de la naturaleza humana discriminatoria, según la cual “*el enfant à naître étant attendu comme los meilleur produit génétique ou, pour los moins, comme un produit génétique conforme*”. En síntesis, se sostiene implícitamente que “*qu’il eût mieux valu, pour cet enfant comme pour el économie nationale (...), qu’il ne naquît pas*”⁴⁴. “*Il y a un danger considérable de matérialisation, qui comporte un risque formidable de eugénisme, mais pas un eugénisme hitlérien, un eugénisme discret, un eugénisme type Sécurité sociale*”⁴⁵. Es la misma objeción que más en general encontramos como en las páginas de algunas bioéticas feministas como Adrienne Asch⁴⁶. También se habla en este sentido de una forma de eugenesia nueva aunque no obstante no menos autoritaria. Jacques Testart, por ejemplo, habla de “*nouvel eugénisme*” que “*est donc consensuel, mais la plus grand violence n’est pas de tuer quelqu’un avec un fusil ou un couteau, il peut y avoir des violences plus fortes menant à une forme d’autoritarisme nouveau*”⁴⁷. Puede suceder que otros niños se opongan al juicio formulado por los jueces, juicio que en definitiva es atribuible a la idea que en el caso de Nicolás “*el vaut mieux ne pas naître que naître handicapé*”⁴⁸. ¿Pero

⁴⁴ JEAN, T., “Question d’actualité”, en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, n° 3, 2002, p. 3

⁴⁵ AYNES, L., “Malheur et préjudice”, cit., p. 8.

⁴⁶ TONG, R., *Feminist Approaches to Bioethics. Theoretical Reflections and Practical Applications*, cit., p. 235.

⁴⁷ J. TESTART, “À la recherche de la norme”, en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3, 2002, p. 55.

⁴⁸ C. LABRUSSE-RIOU, “L’arrêt Perruche consacre-t-il l’eugénisme?”, en *Journal français de psychiatrie*, vol. 17, núm. 3, 2002, p. 20.

no es quizás posible interpretar este juicio como un juicio que mueve a la autopercepción de Nicolás y de él por su madre, y por tanto de ninguna manera generalizable, si acaso al contrario, o incluso a afirmar la inmunidad del juicio del sujeto con respecto a su vida ya sea en sentido positivo o negativo? Por el contrario, aquí se propone sin miedo la posibilidad de una deriva eugenésica: *“Je pens que ce risque n'est pas nul, et qu'il est non seulement injustifié, mais aussi dangereux d'avoir admis que l'enfant a un intérêt à ne pas naître en liant el naissance handicapée et l'interruption de grossesse”*⁴⁹.

El punto en cuestión es si estas dos objeciones son acertadas y suficientes para denegar el presunto “derecho a no nacer” reivindicado por Nicolás y pisoteado por el error del médico que ha impedido y perjudicado la posible elección abortiva de la madre, elección que, en el momento preciso, la mujer declaró que habría tomado. Se sustenta que el Tribunal de casación con la misma sentencia habría expresado indirectamente un juicio sobre la dignidad de la vida humana de Nicolás y, por consiguiente, de todos. Entonces el desconcierto y la repulsa. A nosotros nos parece que ésta no es la única respuesta plausible.

La expresión “vida indigna” (en alemán: *lebensunwertes Leben*) se emplea no en referencia al enfermo, sino a la comunidad. El paciente en cuestión no se encuentra a la altura, por así decir, de la comunidad, su vida no es digna de ser vivida, es decir es indigna, vergonzosa para la sociedad. El interés exclusivamente defendido es el de la comunidad. Totalmente distinto es el sentido de la expresión “vida que no merece ser vivida”⁵⁰. El paciente debería ser juez único e instancia última de un ideal tribunal moral. Aquí el punto de vista es el del paciente. El interés tutelado parece aquel del individuo condenado a su patología. Dicho de otro modo, ‘vida indigna’, en el primer sentido considerado, no es la negación de ‘vida digna’, la cual puede entenderse a la luz del segundo sentido destacado, donde dignidad quiere decir kantianamente dignidad moral, respecto de la cual sí hay responsabilidad. El término de referencia cambia radicalmente si se adopta un sentido u otro de la expresión considerada. ¿Se trata de una vida indigna o digna con respecto a qué? En el primer caso con respecto de la comunidad de pertenencia, en el segundo con respecto de la integridad de la persona y a su percepción de sí misma. La actitud moral que implican las dos posiciones es, pues, opuesta. Por ello

⁴⁹ C. LABRUSSE-RIOU, “L’arrêt Perruche consacre-t-ill’ eugenisme?”, cit., p. 20.

⁵⁰ Sobre este particular insiste extensamente Singer en su obra “Euthanasia. Emerging from Hitler’s Shadow”, en *Writing on an Ethical Life*, New York, Ecco, 2000.

no parece funcionar la argumentación de Habermas cuando condena la eugenesia liberal y la clonación terapéutica incluso cuando ésta se dirige a la creación de un nuevo individuo. Y no funciona si es empleada para rechazar las tesis de Nicolás. En la tesis de Habermas, aflora en todo caso un prejuicio positivo de tipo naturalista hacia la vida natural. Mientras nuestra tesis es que el principio de autonomía sin mezclarse con otros principios no logra rechazar la solicitud de Perruche. El error médico ha violado la autonomía de la madre e indirectamente eso ha tenido efectos, en el sentido que ha determinado la necesidad de una existencia no deseada. Ha obligado a vivir a causa de la acción de un tercero (diferente de la madre); lo cual Habermas juzgaba ilegítimo. O se elige una perspectiva normativa de tipo naturalista, o se tiene que reconocer aquí un problema y un condicionamiento indebido de la vida de las personas, violando el principio de autodeterminación.

Ciertamente, la cuestión no está exenta de ambigüedad y quedan nudos que desatar. Sin embargo, podemos intentar llegar a alguna conclusión con respecto al caso Perruche, más en general con respecto a las implicaciones de los diagnósticos prenatales en relación con el principio de autonomía.

Los que se oponen a la sentencia Perruche denuncian desde este punto de vista el alcance discriminatorio de la sentencia. Sin embargo, creemos que se puede compartir la sentencia Perruche por las mismas razones, aunque interpretadas de forma distinta.

La sentencia no provocaría una discriminación; en todo caso supondría la reparación de los hechos que dieron origen al conflicto, particularmente al error en el diagnóstico del médico. Nicolás sufre una discriminación sobrevenida por el hecho de que su nacimiento le ha obligado a soportar una existencia que de otro modo no habría tenido que “padecer”, según las intenciones de la madre. Ahora depende –ya que no es autónomo– del médico que ha cometido el error, después de que la elección abortiva fuera impedida y Nicolás recibiera un trato desigual, y en consecuencia, se redujese el espectro de posibilidades de autodeterminación de la madre. No se puede equiparar el vínculo que ata la vida de Nicolás al médico, con el vínculo que ata la vida de Nicolás a la de su madre. Y esto no sólo porque esté en juego la autonomía de la madre, sino también, y no subordinadamente, por el valor relacional que la autonomía posee, específicamente cuando está en cuestión la autonomía de la madre y del hijo; y volvemos así a las advertencias de parte del cosmos feminista.

Se podría simplificar diciendo que se le ha negado a Nicolás la posibilidad de ser abortado. En este sentido habría recibido un tratamiento inicuo y discriminatorio. No está bien vista la reivindicación de un derecho a no nacer, pero sí el derecho a no tener que vivir por elección ajena, contra la voluntad de la misma madre⁵¹. Si se puede compartir el juicio de Aynes, por el que sí se habla de un "*droit de ne pas naître*", se habla de un "*absurde, parse que c'est un droit qu'elle ne peut pas exercer par définition*" y "*le droit de ne pas naître ne peut être un droit subjectif*"⁵². No se comparte la tesis de los que asumen este juicio como una conclusión adecuada y como un motivo de rechazo de la sentencia Perruche.

Las tesis antiperruche subestiman el significado existencial de la discapacidad que aparece con el nacimiento, lo sustraen a la disponibilidad de los sujetos directamente implicados por un prejuicio naturalista positivo (vivir en este contexto siempre es, y en todo caso, mejor que no vivir y eso es objetivo) y propugnan un moralismo jurídico que exige el derecho a promover esta posición y no la pluralidad de las concepciones de vida. En definitiva, ha sido negada una visión de la vida en los términos expuestos por Ronald Dworkin, de la vida como calidad de la existencia y biografía personal. Es sugerida, por el contrario, una visión de la vida "biologicista", incremental, según la cual solo hay una idea de la vida buena y correcta.

En definitiva creemos poder afirmar que la posición antiperruche hace propia, sin declararlo, una visión objetiva de la vida buena que incluso en esta aplicación específica enseña su faz más dura y discriminatoria, seguramente lesiva del principio de la autonomía individual bien entendida, es decir, no de forma laxa, ni liberal ni individualista, sino más bien prudente, subjetiva y relacional.

Lo mismo, más o menos a nivel subrepticio, sucede cada vez que se acoge una visión naturalista de la vida humana, reemplazando entre líneas, la primacía de la autodeterminación individual. No sólo esta visión, pero especialmente ésta, es la que se presta a eventuales juicios valorativos, como aquéllos implícitos en la idea de que una vida sea menos digna de ser vivida; es desde esta perspectiva como también se puede plantear el problema, y es ésta la que debe ser temida; eventualmente, esta perspectiva puede incurrir, para quien aprecia el argumento, en una pendiente resbaladiza. Des-

⁵¹ O. CAYLA y Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, cit., p. 54.

⁵² L. AYNES, "Malheur et préjudice", cit., p. 8.



de la otra perspectiva, aquella que prefiere la idea de la vida como proyecto individual (respecto a la cual el sujeto que vive dicha vida es el juez en última instancia, o mejor todavía el único juez), por el contrario, nunca podrían acogerse juicios de este género de manera coherente. Si acaso podría ser verdad lo contrario, porque en la base sigue permaneciendo el rechazo de la idea de una visión objetiva de la buena vida y todo lo que conlleva de conmiseración, prejuicio y mortificación. Es el monopolio exclusivo y por lo tanto excluyente de la verdad moral lo que abre el flanco a derivas discriminatorias, no la universalización de las condiciones de posibilidad de la pluralidad y de la compatibilidad pública de las autorrepresentaciones de la existencia individual.

MARINA LALATTA COSTEBOSA

Dipartimento di Filosofia

Università degli Studi di Bologna

Via Zamboni 38

I- 40126 Bologna

e-mail: marina.lalatta@unibo.it

